✠

DEFENSA,

QUE HACE

D. JUAN JUAREZ

DE CASTILLA,

Y POR SU VARONìA

VALCARCEL, Y HERRERA,

EN EL PLEYTO

CON D. FRANCISCO

VALCARCEL SU HERMANO;

SOBRE

LA SUCESION DEL MAYORAZGO,

QUE FUNDò

DON PEDRO JUAREZ

DE CASTILLA.

CON LICENCIA DE LOS SEÑORES, REGENTE, Y OIDORES DE LA REAL AUDIENCIA.

En Sevilla, en la Oficina de D. Josef de S. Romàn y Codina, Calle de las Armas.
Año de 1785.

POR QUATRO MEDIOS SE HARà vèr la justicia, que asiste á Don Juan Juarez de Castilla y Valcarcel, para solicitar se revoque la Providencia del Juez Ordinario, y se declare, haversele transferido por ministerio de la Ley la posesion civil, y natural del Mayorazgo fundado por Don Pedro Juarez de Castilla, en la Vacante, que se causò por muerte de Doña Magdalena Juarez de Castilla y Herrera, su madre. En el primero se harà vèr, que Don Francisco de Valcarcel, primogenito de dicha Doña Magdalena, està excluido de suceder como Poseedor de el que fundò Don Francisco de Valcarcel. En el segundo, que la renuncia, que el dicho Don Francisco hizo à su hija Doña Nicolasa del Mayorazgo de Valcarcel, no sepàra al Mayorazgo de su linea. En el tercero, que dicha renuncia excluye su pretension. Y en el quarto, se tratarà de la solicitud subsidiaria, que hace Don Juan al dicho Mayorazgo de Valcarcel.

MEDIO I.

QUE DON FRANCISCO DE VALCARCEL está excluido de suceder en este Mayorazgo.

NO se duda, que el Mayorazgo de D. Pedro Juarez de Castilla es incompatible con el que fundò D. Francisco Valcarcel: El primero tiene una absoluta incompatibilidad con todo otro Vinculo: asi consta de la Fundacion, pues Don Pedro Juarez de Castilla quiso, que el que huviese de suceder en su Mayorazgo, no tenga, ni pueda tener otro (1): En esta inteligencia se ha estado desde la Fundacion, y por ella lo obtuvo en tenuta Doña Magdalena Luisa, Ma-

(1) Memor. Ajust. num. 11.

Madre comun: tampoco lo niega Don Francisco de Valcarcel, que conociendo la incompatibilidad, en 23. de Julio del año de 782. renunciò el Mayorazgo de Valcarcel en su hija Doña Nicolasa dos dias antes del fallecimiento de su Madre, creyendo que por este medio se habilitaba para gozar el que se litiga.

Para conocer quien ha de suceder en el Mayorazgo, que vaca, la regla es, vèr el estado de la familia al tiempo de la vacante (2); y porquè persona se causò: La de este Mayorazgo trahe su origen del fallecimiento de Doña Magdalena Luisa, Madre comun, y el estado de su casa era, dexar dos hijos; conviene à saber, el primogenito Don Francisco Valcarcel ocupado con el Mayorazgo de su Apellido, y el segundogenito Don Juan Juarez de Castilla, habil, y capaz de suceder: la vista solo de semejante disposicion de los descendientes de la ultima Poseedora dà à conocer, que la sucesion no pudo deribarse à Don Francisco Valcarcel, y debiò pasar à su hermano Don Juan Juarez: los Mayorazgos se parecen, y son semejantes à los Rios (3); està a la vista, que quando la corriente de sus aguas encuentra cerrado su cause, ò madre, y junto à ella otra habil, y capaz para continuar su carrera, siguen por alli sin impedimento, ni reparo: si las aguas del Mayorazgo de Don Pedro Juarez de Castilla, saliendo de la ultima Poseedora, hallan ocupada la linea de Don Francisco Valcarcel, es una especie de necesidad que continùen su curso por la de Don Juan Juarez de Castilla su hermano, habil, y capaz de tener esta sucesion.

La naturaleza de las cosas dà motivo, para que se conozcan sus efectos (4): Si pasamos à inquirir la del Mayorazgo de Don Pedro Juarez de Castilla, y su incompatibilidad, se entenderà la imposibilidad que hai, para que pueda verificarse la sucesion, que pretende Don Francisco Valcarcel: èl fuè regular en la

(2) D. Rox. de Alm. disp. 2. quæst. 11. §. 1. n. 21.

(3) Citat. D. Rox. disp. 3. quæst. 1. n. 16. & disp. 3. quæst. 6. n. 31.

(4) D. Castill. lib. 5. controv. cap. 86. à n. 1.

la linea de Don Pedro Juarez de Castilla, primer llamado en la fundacion: de ello no hai que tratar; porque como el dicho Don Pedro no dexò sucesion, acabò su linea, y pasò el Mayorazgo á las Hijas del Fundador: eran tres, Doña Maria de Castilla, muger de Don Guillèn Peraza de Ayala, Doña Catalina de Castilla, que lo era de Ruiz Lopez de Rivera, y Doña Leonor de Castilla casada con Don Francisco Tello: en dichas tres lineas llamò el Fundador á los Hijos segundos, para que sucediesen: como los Primogenitos estaban socorridos con los Mayorazgos de sus Padres, quiso establecer con el suyo otra nueva Casa en los Segundosgenitos: semejante fundacion es un Mayorazgo de segundo genitura, que los Regnicolas llaman impropia (5): es Mayorazgo de segundogenito, porque es el expresamente llamado, y es impropio; porque incoada la linea siguen despues los primogenitos: en el dia la sucesion se halla radicada en la descendencia de los segundosgenitos de Doña Maria de Castilla, Condesa de la Gomera: en 23. de Diciembre del año de 766. muriò el Conde Don Domingo de Herrera, Poseedor de este Mayorazgo, y en tenuta lo litigò, y obtuvo Doña Magdalena Luisa, Madre comun de los dos Litigantes, como segundogenita de la Casa: alegò entonces, y lo estimò el Supremo Consejo, que era fundacion de segundogenitura impropia, y que ella era segundogenita: lo que en aquella vacante abriò la puerta, para que la sucesion entrase en la linea de Doña Magdalena, no se ha de impugnar ahora por su primogenito: el Mayorazgo no ha mudado de condicion: son las mismas sus clausulas; las propias sus disposiciones: no ha salido de la segunda linea llamada, y no es dable semejante diversidad, y que el sucesor se oponga, y contradiga, lo que confesò su Madre; haviendo producido aquella defensa la utilidad, de que Doña Magdalena obtuviese, no puede resistir, lo que alli se di-

(5) D. Rox. disp. 1. quæst. 1. §. 10. n. 214.

dixo (6); la Executoria del Consejo no dexa lugar à esta disputa, que no admite la fundacion.

La reiteracion de la disposicion, es argumento cierto de la voluntad del testador; y enseñando Christo el modo de responder, dixo, que se hiciese con repeticion: *Sit sermo vester, est, est, non, non* (7). Porque la geminacion es prueba clara de la voluntad (8): en esta fundacion Don Pedro Juarez de Castilla reiterò no una, sino hasta tercera vez el llamamiento del segundogenito para su Mayorazgo; lo dispuso asi, tratando de la descendencia de su hija Doña Maria: lo repitiò en la de la dicha Doña Catalina, y ultimamente lo estableciò en su tercera hija Doña Leonor; no puede quedar duda, de que esta fuè su voluntad, y que fundò un Mayorazgo de segundo genitura: se disputa, si el Mayorazgo fundado à favor del segundo, quando el hijo mayor tiene Mayorazgo, sin expresar que esta sea la causa de la disposicion, serà incompatible con el Vinculo del primogenito (9): en este caso se duda de la incompatibilidad, y no de la qualidad de segundogenitura impropria; menos podrà dudarse, quando no en una, ni en dos, sino en tres lineas se buscò la segundogenitura, como aqui sucede.

En la naturaleza de la incompatibilidad no hai mucho, en que detenerse: entre las clases que hai de ellas, y que tratan los Regnicolas (10), se comprehende, la que lo es en la adquicision, y la que unicamente es en la retencion: la primera impide, que se adquiera el Mayorazgo ipcompatible, y la segunda hace, que adquirido tenga el Sucesor facultad de elegir uno, y renunciar el otro, para que lo goze el siguiente llamado, á quien corresponda (11): de estas incompatibilidades hai alguna similitud en las disposiones Canonicas, y hai Beneficios absolutamente incompatibles; de tal forma, que la adquicision de uno, es exclusion, y pèrdida de otro, que se gozaba: esta se lla-

(6) Cap. Non potest, de Regul. Jur. in 6.

(7) D. Math. cap. 7.

(8) Glos. Ordinar. in cap. & si Christus, de Jurisjurand. lit C.

(9) D Rox. de Almans. disp. 2. quæst. 8.

(10) D. Rox. de Almans. disp. 1. quæst. 3.

(11) Cit. Rox. §. 5, n. 46.

llama incompatibilidad en el titulo (12); por otro nombre se dice tambien incompatibilidad absoluta, y de las de primer genero.

(12) D. Gonz. in cap. 5. de Præbend. & Dignit. n. 9.

De semejante naturaleza son dos Beneficios Curados, dos Canongias, dos Dignidades, y dos Beneficios uniformes en una misma Iglesia: el hecho de solicitar estos Beneficios, dixo el Santo Concilio de Trento, que era el modo de perderlos: *Quicumque de cætero plura curata, aut alia incompatibilia beneficia Ecclesiastica quocumque modo, & titulo contra SS. Canones, præsertim contra hujus constitutionis dispositionem recipere, ac retinere præsumpserit, beneficiis ipsis ipso jure privatus existat* (13). De la segunda calese, ò incompatibles respectivamente son los Beneficios de congrua sustentacion, en los quales no està dispuesto, que la adquicision del segundo sea pèrdida del primero, sino que el Beneficiado elija el que ha de retener (14).

(13) Trident. ses. 7. cap. 4. de Reformat.

(14) Trident. ses. 24. cap. 17. de Reform. Menoch. de Arbitrar. Judit. lib. 2. cas. 216. n. 12.

Para conocer quando la incompatibilidad es en la adquicision, ò en la retencion, dàn varias reglas nuestros Regnicolas: el Sr. Roxas de Almansa, que tratò de intento este punto, dixo, que el Mayorazgo era incompatible en adquirirlo, si el Fundador se explicò con palabras negativas: quando dixo, que prohibia, que sucediese, el que tuviese otro Mayorazgo; que no queria, que su Vinculo pasase al que fuese Poseedor de otro Vinculo, su voluntad fuè establecer incompatibilidad en la adquicision: cita para ello varios, y aunque no dà la razon, la manifestò en otros lugares: es regla cierta, que para haver de suceder, en primer lugar, se ha de hacer constar el llamamiento: es imposible de derecho, que suceda, el que no està llamado, sino excluido (15): de ello se dirìa, lo que expuso el Jurisconsulto, respondiendo, que pedia el fideicommiso aquel, de quien no hablò el Testador: *Cum fideicommisum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus* (16): las clausulas nega-

(15) D. Rox. disp. 1. quæst. 13. n. 38.

(16) L. Peto. 69. D. de legat. 2.

gati-

gativas, de que hemos hablado, producen una formal exclusion de todo aquel, que aunque parezca comprehendido en los llamamientos generales de los Descendientes, se debe tener por excluido, con respecto á su calidad: las clausulas discretivas tienen esta virtud, y asi lo conociò la Ley Civil; haviendose ofrecido el caso del Testador, que havia instituido por herederos à sus hijos, y despues exheredado à uno, se preguntaba, si el exheredado debia entenderse instituido, y la respuesta fuè, que no se havia de explicar la institucion à favor del hijo exheredado: la segunda clausula de la exheredacion era discretiva, que restringia, y limitaba la institucion: *Videri potest prima parte, duos dumtaxat filios hæredes instituisse* (17).

(17) L. Cum in testamento. 37. §. Qui tres filios 2. D. de hæredib. instituend. D. Rox. disp. 1. quæst. 1. § 3. n. 81.

Explicando el Testador la incompatibilidad por las voces, que se han notado, quiso manifestar, que en los llamamientos no estaba comprehendido el descendiente poseedor de otro Mayorazgo, y como no llamado, no puede suceder; aun explicò mas, porque lo excluyò expresamente, y como excluido, es incapaz de venir à gozar el Vinculo, de que se le separò: registrada yà la Fundacion de Don Pedro Juarez de Castilla, se reconoce, que dispuso, que si el *primogenito llamado tuviese otro Mayorazgo heredase el suyo el hijo segundo, que no tenga otro Vinculo*; esta es clausula discretiva del llamiento de el hijo mayor, hecho en los segundosgenitos de sus hijas; por ella no se puede entender llamado el primogenito, que goze otro Vinculo: añadiò mas Don Pedro Juarez: *En tal manera, que el que huviere de suceder en este dicho Mayorazgo, no tenga, ni pueda tener otro Mayorazgo* (18): esta ès la clausula negativa, que importa una formal, y verdadera exclusion; y aunque lo expuesto era suficiente, añadiò mas el Fundador: siguiendo su disposicion, dixo, que si lo contrario fuere, luego por el mismo hecho sea excluido de este dicho Mayorazgo, y suceda en èl el siguiente

(18) Memor. n. 11.

en

en grado, que por la orden, y forma susodicha à èl es llamado: yà no puede quedar duda de la expresa exclusion de el primogenito Poseedor de otro Mayorazgo, y de que la incompatibilidad es en la adquicision.

Acercandonos à la disputa, en la vacante presente se presentan à un Mayorazgo de segundo genitura un segundogenito llamado, y un primogenito excluido, y es preciso, que la sucesion sea del primero: es principio, que para suceder, se ha de buscar en primer lugar el llamamiento: el segundogenito Don Juan Juarez de Castilla lo tiene, como và demonstrado: luego en èl se ha de verificar la sucesion: de otro modo no puede suceder en un Mayorazgo la persona excluida, lo qual no es opinion, sino principio cierto, y que hasta ahora no se ha dudado: Don Francisco de Valcarcel primogenito de Doña Magdalena Luisa su madre Poseedor del Mayorazgo Paterno de su Apellido, està expresamente excluido, como lo acredita la clausula citada; luego no puede, ni debe suceder, y la sucesion corresponde à su hermano Don Juan Juarez de Castilla; estas son demonstraciones, que hacen visible la justicia de dicho Don Juan.

MEDIO II.

QUE LA RENUNCIA NO SEPARA EL Mayorazgo de su linea.

BIen conociò lo expuesto dicho Don Francisco de Valcarcel, y para habilitarse, en 23. de Julio del año de 782. dos dias antes de el fallecimiento de su Madre, renunciò el Mayorazgo paterno en su hija Doña Nicolasa Valcarcel: con este fraude se contempla yà habil, y capaz de obtener ambos Mayorazgos, y dexar sin efecto la voluntad de los Fundadores: para ello forma el argumento siguiente: En este Mayorazgo ha de suceder el hijo mayor, que no tenga otro

Vinculo : èl es el primogenito de la ultima Poseedora, que no goza otro Mayorazgo ; porque cediò , y renunciò en su hija Doña Nicolasa , el que tenia paterno : luego en èl se ha de verificiar la sucesion ; añade, que aunque lo tuviese, se hallaba con facultad de elegir , y le era suficiente estàr pronto á hacer la eleccion despues de haver sucedido , y mas bien ha de tener lugar quando ha hecho la dicha renuncia ; el Mayorazgo paterno dà este arbitrio, y siendo el Vinculo del Pleyto de más renta , no le ha de ser de perjuicio la qualidad de primogenitura, que privilegiò el Fundador en su fundacion.

En substancia , lo expuesto es toda la defensa, que hace Don Francisco Valcarcel : se le podria decir, que su argumentacion es un sofisma igual, al que hacia el hijo exheredado , en el caso , que se ha citado : èl decia , que debian venir à la herencia los hijos, que como tales eran instituidos herederos : que èl era hijo, en quien se verificaba la institucion : luego debia heredar con sus hermanos : sin embargo de ello se resolviò, que *videri potest, prima parte duos tantum filios hæredes instituisse* : como esta es toda la defensa, que hace Don Francisco Valcarcel, es necesario tratar despacio lo mucho que en ella se comprehende: en primer lugar se le niega, que tenga la facultad de elegir , y escoger el Mayorazgo , que quiera : si la incompatibilidad fuera en la retencion, estaba bien que adquiriese legitimamente la sucesion , con obligacion de dimitir uno de los Vinculos : entonces tendria derecho de eleccion para hacerla de el que mas le acomodase.

No se verifica lo expuesto en la incompatibilidad, que lo es en la adquicision : algunos quisieron, que el sucesor de un Mayorazgo incompatible no tenia eleccion, ni facultad, para que le correspondiese suceder en otro , y elegir entre ellos, el que havia de retener (1) : la eleccion corresponde solo, ò por disposicion de ley,

(1) D. Castill. tom. 6. controv. cap. 179. Torres de Majorat. tom. 1. cap. 33. §. 5. n. 69 & 70.

ley, ò por establecimiento de hombre: en estos dos casos unicamente se ha de usar de dicha potestad; y en el de que se trata no se puede decir, que hai constitucion legal, que conceda la eleccion: la Ley del Reyno, que expresamente la dispuso, hablò en Mayorazgos de renta determinada, que se juntasen en fuerza del matrimonio de los Poseedores (2): el haver prevenido, que el Poseedor tuviese facultad de elegir, arguye, que este arbitrio necesita, de que especialmente se conceda; tampoco se puede entender dado, quando en la fundacion no hai clausula, que hable de dicha eleccion, dada por disposicon de hombre: en los legados, ò expresamente se concede la facultad de elegir, como en el de opcion, ò se hace sin ella; legandose en general un Siervo, ù otra alhaja, de que tenia varias el Testador, entonces como no se hablò de la eleccion, fuè necesario, que la Ley patria declarase, que la potestad de escoger era propia del Legatario (3): semejante disposicion arguye, que la eleccion ha de proceder, ò por expresa concesion de ley, ò de hombre: quando la haya en el caso de la disputa, se ha de usar de ella una sola vez, y hecha, no se puede variar (4): recibiendo el Poseedor la sucesion del Mayorazgo incompatible, que vacò primero, es visto haverse conformado con aquella fundacion, aceptadola, y hecho eleccion de ella, y no le queda arbitrio para reiterarla despues (5).

El Sr. Roxas de Almansa especial defensor de la opinion contraria, trata de satisfacer, y dàr respuesta à las razones dichas, y todo su empeño es inquirir la causa, y motivo, que pudo tener la Ley, para conceder la eleccion en los Mayorazgos de cierta renta (6): el argumento no consiste en ello, y su fuerza està, en que para que huviese la facultad de elegir, fuè preciso, que la concediese la Ley; asi sucede en dichas Fundaciones, y en los Legados, segun và propuesto: estaria demàs, que la constitucion tratase de ello, si se havia de entender, que

(2) L. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.

(3) L. 23. tit. 9. part. 6.

(4) L. 23. tit. 9. part. 6.

(5) L. Qui servum, 34. D. de oblig. & action.

(6) D. Rox. disp. 2. quæst. 10. à n. 36.

que sin ella estaba dada, y concedida la eleccion: seria una disposicion ociosa la de conceder arbitrios, y potestad de algun acto, à el que con anterioridad à la concesion lo tenia: *Id quod quamvis non exprimatur, pro expreso habetur, super vacuum est exprimere* (7): como no se ha de decir, que la Ley es inutil, y superflua en la parte, en que tratò de conceder al primogenito eleccion, se infiere, que no la tenia.

(7) Inst. in princip. de hæredib. instit.

No hai que detenerse mucho en este particular, que no es de la disputa: ahora se trata de Mayorazgo incompatible en la adquicision, que se ha de medir por otras reglas, se concede, que quando la incompatibilidad es en la retencion, el primogenito Poseedor de uno tenga facultad de elegir, entre el que goza, y el que de nuevo adquiere; lo expuesto no carece de espinas, y sin embargo està bien, que la eleccion tenga lugar en la incompatibilidad en la retencion; no puede tenerla el primogenito quando el Mayorazgo es incompatible en la adquicision: entonces es incapaz de poseer, y por consiguiente lo es tambien de elegir: en este caso la sucesion pasa al segundogenito llamado, y radicada en su persona, no puede avocarla asi el primogenito, para elegir, ni por medio de la eleccion: los mismos que defienden la facultad de elegir en los Mayorazgos incompatibles, ponen por excepcion quando la incompatibilidad es en la adquicision: enseñan, que entonces el hijo mayor, como excluìdo, è incapaz de suceder, no puede elegir (8): el Sr. Valenzuela Velazquez propone un caso semejante, ò casi identico, con el que se litiga; por muerte de Don Pedro Lorenzo de Castilla vacò una Encomienda de Indios, quando su primogenito Don Luis Felipe de Castilla poseìa otra, en que havia sucedido por su Madre: solicitaba suceder en la Encomienda Paterna, pues como primogenito le correspondia elegir, lo mismo que ahora pretende Don Francisco Valcarcel: lo impugnaba Doña Isabèl de Castilla en representacion de su Madre Doña Catalina

(8) Rox. part. 7. cap. 4. n. 48. & ibi Aguil. n. 64. Torr. de Majorat. tom. 1. cap. 33. n. 7. Barbos. Vot. 122. D. Castill. tom. 6. cap. 179. D. Valenz. Velazq. cons. 183.

lina de Castilla hermana de dicho primogenito, como ahora lo contradice Don Juan Juarez de Castilla, segundogenito de la ultima Poseedora: en esta disputa el Sr. Valenzuela Velazquez escribiò una Disertacion entera en favor de Doña Isabèl de Castilla, y contra su Tio Don Luis Felipe: para el modo de suceder en esta encomienda, hai en Indias Real Cedula de 5. de Abril del año de 552: en ella se manda, que quando falleciere el Tenedor de los Indios, y el hijo, que huviere de sùceder en ellos, ò no pudiere suceder, por entrar en alguna Religion, ò por tener otros Indios, ò por ser casado con muger, que los tenga, ò por otro algun impedimento, è incapacidad; en tal caso la sucesion pase al siguiente en grado, que tuviere derecho, y à falta de varones à las hembras: Esta disposicion induce incompatibilidad en las encomiendas de los Indios, no tan estrecha, como la que dispuso Don Pedro Juarez de Castilla; alli litigaba una hembra contra el primogenito: aqui pleitèa un varon, y hai otras circunstancias, que lo hacen mas recomendable: con todo ello defendiò con empeño un hombre tan grande, que Don Luis Felipe de Castilla no podìa suceder en la encomienda Paterna, ni menos podia elegir, dexando la que gozaba, para suceder en la que havia vacado por muerte de su padre.

¿Quièn no dirà, que este caso es igual, al que se litiga entre Don Francisco Valcarcel, y Don Juan Juarez de Castilla su hermano? Solo el Sr. Roxas de Almansa es, el que defiende la facultad de elegir en el primogenito (9): no se niega su mèrito, y no lo tienen menos el Sr. Castillo, el Sr. Valenzuela Velazquez, y los demàs Regnicolas, que opìnan contra la facultad de elegir: si se mira à la probabilidad extrinseca, no se puede negar, que està en contra de la opinion del Sr. Rox.: Si se pasa à inquirir la intrinseca, se verà, que su sentir se opone à toda la

(9) D. Rox. disp. 2. quæst. 10. §. 2. à n. 25.

doc-

doctrina, que havia dado en el discurso de su obra: en el principio propuso la division de la incompatibilidad, en la que lo era en la adquicision, y en la retencion; lo mismo recordò, tratando de el modo de exercer la facultad de elegir (10): Yà aqui no hai dicha diferiencia, y aùn en los Mayorazgos incompatibles de la primera clase pasa la sucesion, al que tiene otro Vinculo: alli establece, que en esta incompatibilidad el Poseedor de Mayorazgo *non possit, nec per momentum adquirére el que vacò de nuevo* (11): Y en esta disputa funda, que lo puede adquirir, no por un momento, sino por el tiempo que tiene para la eleccion (12): en aquel lugar estableciò, que quando el Testador se explicaba por palabras negativas, se debia entender establecida la incompatibilidad, para adquirir (13): y à despues estas clausulas negativas no inducen semejante incompatibilidad (14): no se puede negar, que estas son proposiciones inmediatamente contraditorias: no es lo mas lo expuesto, sino que el mismo Sr. Roxas tuvo presente su doctrina, la cita, y no desata, ni deshace estas oposiciones.

(10) D. Rox. disp. 1. quæst. 3. §. 5. à n. 46. & disp. 3. quæst. 7. à n. 1.

(11) D. Rox. loc. prox. cit. n. 9.

(12) D. Rox. disp. 2. quæst. 10. n. 30. & 31.

(13) D. Rox. cit. quæst. 3. §. 5. n. 51.

(14) D. Rox. disp. 2. quæst. 10. n. 33. §. Secundo modo.

No està solo la dificultad en ello, sino en otros muchos puntos este Autor estableciò, que para la sucesion, lo primero que se ha de buscar es el llamamiento (15); en el caso se olvida de esta qualidad, para fundar la eleccion: en otro lugar enseña, que es imposible la sucesion del excluìdo (16), porque se contempla muerto; y aqui quiere, que el excluído haya de suceder, para elegir, como la exclusion no añada las palabras, que señala (17): en otra parte defiende, que para suceder, es necesario tener la qualidad, que señalò el Fundador, y que no es suficiente gozarla en qualquier tiempo, pues precisa que sea el de la vacante (18); y el que carece de ella, se entiende excluìdo: en esta opinion se olvida de semejante doctrina, que no es opinion, sino principio

(15) D. Rox. disp. 1. quæst. 13 n. 38.

(16) D. Rox. disp. 1. quæst. 7. n. 14.

(17) D. Rox. disp. 2. quæst. 10. n. 26.

(18) D. Rox. disp. 1. quæst. 13. à n. 38.

pio

pio en materia de Mayorazgo, y sin embargo de que el sucesor ha de tener la qualidad de no gozar otro Mayorazgo, le dá la sucesion al que carece de ella, entendiendolo llamado para que pueda elegir.

Estos reparos hacen vèr, que no se puede sobstener la opinion del Sr. Rox. y *præmisa tanto Doctori debita venia*, no acomoda su modo de opinar; para ello funda su doctrina, exponiendo con D. Geronymo Cevallos, que el fin del Fundador, que estableciò la incompatibilidad de su Mayorazgo fuè, que su memoria no se confundiese, obscureciese, ò extinguiese, lo que se ha de entender de la confusion perpetua, y no de la temporal, y momentanea, que se verifica en el primogenito, que adquiere dos Mayorazgos, no para retenerlos, y gozarlos, sino para dimitir uno de ellos: la razon de la ley es su alma, y espiritu, y verificada en el caso, de que el primogenito tenga la eleccion, no se le ha de privar de ella: la posesion, que no ha de producir la adquicision de los frutos, se llama inutil, y esteril, y asi se ha de juzgar la de uno de los dos Mayorazgos: por la eleccion se resuelve la del Mayorazgo dimitido, y sus frutos corresponden al que ha de suceder: es posesion, que no se ha de conservar, y con este respeto no merece atencion, ni aprecio: no se llama comprador, el que ha de vender la alhaja, que comprò, ni se ha de nombrar poseedor, el que ha de enagenar la posesion, que adquiriò.

No es del caso, que el Fundador se explicase con palabras negativas, pues con las mismas se explican las disposiciones Canonicas, que prohiben la pluralidad de beneficios, sin que por ello se impida al Beneficiado, que adquiera otro de nuevo, y tenga facultad de elegir de los dos, el que mas le acomode: la Ley del Reyno, que concede la facultad de elegir en Mayorazgos, que son incompatibles por razon de su renta, se explica tambien por palabras negati-

gativas: ultimamente, quando en la familia hai un derecho, ò prerrogativa, sin genero de duda, corresponde al primogenito, como sucede con los papeles de Nobleza, que se le han de entregar, para que los conserve; el derecho de elegir en estos Mayorazgos, es prerrogativa de la casa, y es preciso, que goze de ella, el que lleva la mayorìa.

Estos son los fundamentos, con que el Sr. Roxas sobstiene su opinion (19); y mirados con reflexion, se conoce su ninguna virtud de persuadir su systema; es verdad, que la razon de la ley es, la que dá á conocer su virtud, y fundamento para pasar á interpretarla: asi sucede quando las palabras están dudosas, y hai antecedente para creer, que fuè otra la voluntad de la disposicion: entonces tiene lugar la duda, y el Jurisconsulto Celso juzgò, que se havia de estàr à lo que denotaban las palabras: *Nemo existimandus est dixisse, quod mente non cogitaverit* (20): quando la intencion, y las voces miran á un propio fin, no hai duda, ni motivo para disputar: se puede repetir, lo que dice la Ley (21): *Cum significatio verborum non repugnet huic sententiæ, & voluntas testatoris congruat*: con estas disposiciones se juzga, que quando la voluntad del Fundador vá conforme, con lo que significan las palabras, no hai que recurrir à interpretaciones (22).

(19) D. Rox. disp. 2. quæst. 10. à n. 27.

(20) L. Laves 7. D. de Supellect. legat.

(21) L. Ab omnibus. 104. D. de legat. 1.

(22) D. Castill. tom. 4. cap. 7. n. 27.

Don Pedro Juarez de Castilla quiso en esta fundacion la conservacion de su casa, y que no se confundiese su familia: para ello dispuso un Mayorazgo incompatible en la adquicision: pudo hacerlo en la retencion, porque con ello conseguia su fin; es verdad que entonces pasarìa la posesion al primogenito por el tiempo que lo gozase para elegir: que la posesion, que ganase, se resolverìa, hecha la eleccion, y no le producirìa la adquicision de los frutos: todo esto pudo hacer: tambien tuvo facultad para disponer un Mayorazgo de rigorosa agnacion, y en su falta de artificiosa,

ficiosa, con lo qual conseguirìa mejor su fin: aunque pudo lo expuesto, no lo quiso, y solo fundò un Mayorazgo de segundogenitura impropia, incompatible con todo otro Vinculo en la adquicision.

Qualquiera acto se gobierna por dos reglas, que son la voluntad, y potestad de el que lo executa (23): esta no es question de potestad; D. Pedro Juarez de Castilla hizo la vinculacion en virtud de Real facultad; de la que se hace en fuerza de la ley de Toro, la misma disposicion dà arbitrio, para que el Padre pueda disponerla como guste, observando en los llamamientos el orden, que previene la Constitucion: toda la duda estará en verificar la voluntad del Testador: èl dispuso en su Mayorazgo la clausula de Apellido, y Armas, de la que confiesa el Sr. Roxas, que el objeto à que termina, es la conservacion de la familia, y que no es suficiente para hacer, que el Mayorazgo dexe de ser regular, y se ponga en la clase de agnacion, ò rigorosa, ò ficta (24), y para ello se necesitan otras circunstancias: lo propio milita en nuestro caso: Don Pedro Juarez de Castilla pudo disponer incompatibilidad en la retencion, y no lo hizo, porque para ello necesitaba haver gobernado su fundacion en otros tèrminos: el fin que tuvo para establecerla en la adquicision, no ha de alternar la naturaleza del Mayorazgo, y se ha de observar, lo que la Lèy dispone, que *nemo moriens putet legitimam voluntatem reprobari* (25): por esta razon se ha de decir, que el Fundador quiso impedir la confusion de su Mayorazgo, casa, y familia, que se acomoda á su disposicion, y á lo que dexò mandado: lo demàs no serìa cumplir su voluntad, sino acomodarla á lo que se quiere, que es mui diferente: no es del caso el nombre, que se ha de dár á esta posesion, que se resuelve, y si se ha de llamar tal, ò con otras voces: lo expuesto serìa hacer la disputa de palabras: digase lo que se quiera, el Fundador no dispuso, que al primogeni-

(23) D. Castill. tom. 4. cap. 5. n. 15.

(24) D. Rox. disp. 1. quæst. 1. n. 47.

(25) L. Omne verbum. 2. c. Communia de legat. in fin.

genito pasase esa, que no se llama posesion.

En quanto à las voces con que se explicò el Fundador, no consiste solo, en que sean negativas, y su fuerza está, en que son tales, que excluyen la adquicision del Mayorazgo, asi lo fundò el mismo Sr. Roxas (26): yà por ello se conoce la diferencia de este caso al de la Ley: se explica la disposicion por palabras negativas, que no impiden la adquicision del Mayorazgo, y antes bien concede la sucesion: la misma Ley dà al primogenito la facultad de elegir, que no puede verificarse, sin que tenga la sucesion de los dos Mayorazgos: es preciso, que con este respeto la incompatibilidad de la Ley sea en la retencion, y no se puede hacer exemplo de ella para los Mayorazgos incompatibles en la adquicision: las disposiciones Canonicas hablan del propio modo: el Santo Concilio de Trento tratando de los Beneficiados, que en aquel tiempo tenian pluralidad de Beneficios, les dà facultad de elegir (27): asi no es este argumento para el caso de la disputa, para el que no pueden dàr reglas las citadas disposiciones.

(26) D. Rox. disp. 1. quæst. 3. §. 5. n. 51.

(27) Trident. ses. 7. cap. 2. de Reformat. & ses. 24. cap. 17. de Reformat.

Està bien, que haviendo en la familia derecho alguno particular, corresponda al primogenito: lo que se dice es, que en este caso no hai eleccion, ni en el hijo mayor, ni en el segundo: cada uno ha de tener el Mayorazgo, que le diò su suerte: por esta causa no se arguye bien, suponiendo existente, lo que se disputa, para sobre ello sostener la prueba, lo expuesto tendria lugar, si se dixese, que havia derecho de elegir, y que correspondia al segundogenito; no es esto lo que se propone, y asi no tiene lugar la eleccion.

Yà se ha hecho vèr la poca fuerza de las razones de esta opinion, en la qual el mismo Sr. Roxas asegura, que quando el Fundador dixo, que excluìa al que tuviese otro Mayorazgo, aunque estuviese pronto à dexarlo, no tenia lugar la eleccion: *Excludo à*

suc-

successione hujus mei Majoratus habentem alterum, etiam si sit paratus dimitere illum. (28) D. Pedro Juarez de Castilla excluyò expresamente de suceder en su Mayorazgo al que gozase otro: *è si lo contrario fuere* (habla de que el hijo mayor tenga otro Mayorazgo) *que luego por el mismo hecho sea excluido de este dicho Mayoràzgo, è suceda en èl el siguiente en grado* (29): no añadiò que esto sucediese, aunque estuviese pronto à dexarlo: no hace falta dicha expresion, quando anteriormente havia dicho, que el que huviese de suceder en este Mayorazgo no tenga, ni pueda tener otro, que es disposicion mas eficaz: la clausula, que quiere el Sr. Roxas, es ampliativa (30); y en lo que añade, no le quita la fuerza à la exclusion, sino que la extiende, y comunica à otros casos, y asi no hace falta.

(28) D.Rox. disp.2. quæst. 10. §. 2. n. 26.

(29) Memor. n. 11.

(30) Clementina. 1. de Re Judicat. in fin.

La Ley previene, que las palabras del testamento se han de tomar en el sentido que suenan (31); aqui no solo se alteran, y varìan las voces, sino tambien los hechos, que son demàs virtud: *Multo enim amplius est, id facere, quam pronunciare* (32), que dixo la Ley: el propio Sr. Roxas fundò tambien la virtud mayor, qne tienen los hechos (33) respecto de las palabras: resta vèr, lo que hizo en su tiempo Don Pedro Juarez de Castilla: èl dispuso, que faltando la descendencia de su hijo, primer llamado, sucediesen los segundosgenitos de sus hijas: esta disposicion no se ciñò, y limitò á una, ni dos, y se extendiò à todas las tres que tenia: si ahora estuvieramos en aquel tiempo, y acabada la linea del primer llamado, viviese el segundogenito de Doña Maria de Castilla, le diria su primogenito, què queria elegir; que para ello havia de suceder, y que le bastaba el estàr conforme con renunciar el Mayorazgo Paterno? Yà se vè que no, y que ni aun se oirìa semejante propuesta; lo mismo ha de suceder ahora, que Don Francisco Valcarcel ocupa el lugar de aquel primogenito, de quien

(31) L.6.tit.33.part. 7.

(32) L.Si tamen.48. §. Ei qui 3.D. de Ædilit. Edict.

(33) D.Rox.disp. 1. quæst. 11.n.21.

no

no hizo llamamiento, ni le diò facultad de elegir el Fundador; lo demás serìa, que fuese de peor condicion el mas inmediato, mas dilecto, y conocido, que el descendiente remoto no conocido, y à quien el testador tenia menos voluntad.

Don Pedro Juarez de Castilla conociò los primogenitos de sus hijas; eran sus nietos, y es de creer, que los estimò como tales, y no los llamò, ni les diò facultad de elegir, y los dexò enteramente olvidados: esto excluye, que se juzgue de otra forma con un septimo nieto del Fundador, à quien no conociò, ni pudo conocer, y al qual no se puede creer, que le tuviese la misma, ò mayor voluntad que al primero: el propio Sr. Roxas se empeñò en fundar la mayor dileccion del instituido respecto del sobstituido, de los hijos respecto de los nietos, y de la persona conocida respecto de la ignorada (34): no se ha de olvidar esta doctrina, para que en nuestro caso se gobierne la sucesion por otras reglas: para interpretar la voluntad de los Fundadores, quando hai motivo de dudar de la disposicion, se ocurre à inquirir, què harìa el Testador en aquel caso (35): aqui consta, lo que el Testador hizo, no una, ni dos ocasiones, llamando, y buscando à los segundos de sus tres hijas, y olvidando los primogenitos; de ello no se hace memoria, para quebrantar la disposicion con subtilezas de poco, ò de ningun aprecio, como se ha visto: lo que hizo el Testador es la mejor prueba, de lo que quiso hacer en concepto del mismo Sr. Roxas (36).

Yà es tiempo de tratar del argumento, que forma la contraria con la renuncia, que hizo del Mayorazgo paterno á favor de Doña Nicolasa Valcarcel su hija: en las condiciones, y gravamenes, que disponen los Fundadores, dixo Ulpiano, que la regla era su voluntad: *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones* (37): Papiniano juzgò, que se havia de contemplar primero

(34) D. Rox. disp. 1. quæst. 8. á n. 13.

(35) D. Castill. lib. 4. cap. 59. à n. 1.

(36) D. Rox. disp. 1. quæst. 1. n. 91.

(37) L. in conditionibus 19. D. de conditionib. & demonstrationib.

ro la voluntad del Testador, y despues las palabras: *In conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet* (38): Con este respecto para cumplirla, se ha de buscar la intencion, y deseo del Fundador (39): es necesario vèr, que quiso quando dispuso, que no sucediese en su Mayorazgo, el que tuviese otro: si su fin huviera sido establecer una incompatibilidad mere personal, pudiera decirse, que Don Francisco Valcarcel havia cumplido con la renuncia, que hizo del Mayorazgo, y esto con bastante trabajo.

(38) L. Pater 101. D. de conditionib. & demonstrationib.

(39) D. Castill. tom. 4. cap. 25. n. 35.

Su fin fuè hacer una incompatibilidad real, y lineal, y no se ha de decir, que cumple con este gravamen, el que quita el Mayorazgo de su persona, y no lo aparta, sino trata de radicarlo en su linea; toda incompatibilidad por regla general, y quando hai duda, se contempla, real, y lineal, y no personal (40): en la de este Mayorazgo no debe haver duda, porque se està en el llamamiento del segundogenito, porque el primogenito tenia otro (41): asi se ha entendido siempre, y el orden, que se ha observado en la sucesion, ha sido de segundogenitura: en la Executoria de tenuta, que obtuvo en el Consejo Doña Magdalena Luisa, Madre comun, en el año de 767. litigaba con sus Sobrinos D. Juan de la Cruz, y D. Valentin Velvis de Moncada; como eran de la linea, que ocupaba la del primogenito, obtuvo su tia hermana de su Abuela: en ellos se verificaba mas bien, que en Don Francisco Valcarcel, no tener otro Mayorazgo; lo tenia su linea, y fuè lo suficiente para excluirlo.

(40) D. Rox. disp. 1. quæst. 4. §. 1. á n. 17.

(41) Citat. D. Rox. loc. prox. n. 11.

Si es verdad que Don Francisco Valcarcel no goza el Mayorazgo paterno, que no lo es, no hai duda, en que se halla en su linea, y no es lo que dispuso el Fundador: es una material expresion de palabras aplicar à la persona la exclusion de la linea para suceder: ni aùn ha salido el Mayorazgo de la per-

sona de Don Francisco en fuerza de la renuncia: el padre, y el hijo, que està en la patria potestad, componen una misma persona; asi lo declara la Ley patria: *Ca segun los Sabios antiguos mostraron, el Padre e el fijo, asi son como una persona* (42): aunque esto es una ficcion, es realidad, que el Padre hace suyos los frutos de uno, y otro Mayorazgo, quando se juntan en su persona, y en la de su hijo; si Don Francisco Valcarcel consiguiera lo que pretende, adquirìa para sì las rentas del Mayorazgo de Don Pedro Juarez de Castilla, como su Poseedor, y harìa suyas tambien las de la Fundacion de Valcarcel por medio de la persona de su hija, que està en la patria potestad; el Sr. Roxas de Almanza defiende, que es uno de los casos, en que se suspende la incompatibilidad real, y lineal, quando juntandose dos Mayorazgos incompatibles por medio del matrimonio, muere la Madre, dexando un hijo unico en la patria potestad, que herede su Vinculo (43): aunque estèn divididos en dos personas, el Padre verdaderamente goza de las dos Fundaciones, y sus rentas: alli lo dispensa la necesidad, y aqui, que no la hai, no se encuentra otro motivo, que querer Don Francisco Valcarcel quitarle à su hermano lo que le corresponde.

(42) L. 1. tit. 15. part. 2.

(43) D. Rox. disp. 3. quæst. 11. à n. 2.

Por la renuncia, que hizo en su hija el dicho Don Francisco, no traspasò en la susodicha el derecho formal de suceder, ni lo extinguiò en su persona; lo expuesto se disputa entre los Mayorazguistas, y hai el exemplar de nuestro Catòlico Monarca D. Felipe V.: cansado su Magestad con el peso de la Monarquia, la renunciò en su Hijo el Señor Don Luis Primero: por la temprana muerte de dicho Señor renunciatario, volviò el Señor Renunciante à la posesion del Reyno, que es el primero, y mas principal Mayorazgo de España: esta dificultad se resuelve, distinguiendo entre renuncia necesaria, y la que procede de mera voluntad; la primera extingue el derecho

del

del Renunciante, y no la segunda; por esta razon quando se trata de suceder, no se ha de mirar al tiempo de la muerte del Renunciante, sino al de la renuncia: no asi en la segunda, en la qual queda en el Renunciante, el derecho formal, y para la sucesion se ha de buscar el estado de la familia, quando muere el Renunciante, y no quando renunciò: El Señor Roxas de Almanza dixo, que esto era porque no havia de estàr en voluntad del Poseedor alterar las disposiciones, y llamamientos de la Fundacion (44): no dixo mal; pero esto es arguir al inconveniente: la razon fundamental es, la que da el Señor Olea (45): en el caso de que se trata, la posesion civil y natural no pasa al Cesonario: por disposicion de la Ley se radicò en el Poseedor, y como no ha de ser saltuaria, ni ha de pasar à otra persona, que à la que debe suceder, quando llega el caso de la substitucion, permanece en el que renunciò: solo es renuncia extintiba del derecho del Renunciante, quando se hace por necesidad, y en el que debe suceder: no se verifica lo expuesto en la renuncia, que hizo Don Francisco á favor de su hija, que no es la immediata, que debe suceder, por no ser la incompatibilidad personal, y tampoco quiso separar, y extinguir el derecho, que tenia à el Mayorazgo renunciado: en la misma renuncia reservò la sucesion à favor de qualquier hijo varon, que tuviese de matrimonio: como hacia la renuncia en beneficio de una hembra, y podia tener varon, quiso dexar ilesa la prelacion del sexo: esto fuè no radicar en Doña Nicolasa Valcarcel la posesion civil del Mayorazgo: puesta en una linea en tiempo habil, no es dable que pase à otra hasta que se extinga la primera: como la posesion no ha de estàr en el aire esperando que Don Francisco Valcarcel tenga hijo varon, es preciso decir, que continùa en el mismo Renunciante.

(44) D. Rox. disp. 3. quæst. 6. n. 41

(45) D. Olea de Cesion. Jur. tit. 3. quæst. 3. n. 15.

Con

Con este respecto Don Juan Juarez de Castilla forma otro argumento igual al de su hermano, que es una verdadera demonstracion, fundada en principios de derecho, y en la naturaleza de los Vinculos de España: en el Mayorazgo de Don Pedro Juarez de Castilla no ha de suceder, el que gozare otro Vinculo: consta de la fundacion: D. Francisco de Valcarcel es poseedor del Mayorazgo de su Apellido, porque lo goza en persona de su hija, y porque la renuncia no le quitò la posesion civil que tenia, como và demostrado; luego en la vacante, que se causò por muerte de Doña Magdalena, no pudo derivarsele la sucesion: de lo expuesto no se sigue, que serìa de peor condicion por la qualidad de primogenito, que le obstaba para suceder en el Mayorazgo de mayor renta, que segun se quiere, lo es el de D. Pedro Juarez de Castilla, respecto del Vinculo de Valcarcel.

Tiene no pocas dificultades averiguar, qual de los dos Mayorazgos es mas redituoso: D. Francisco Valcarcel tratò de hacer prueba de ello, y à su pedimento se valuaron en Canarias las Fincas del Vinculo: en la regulacion no se comprehendieron las Casas principales, que vive el Poseedor, otras inmediatas, y el Oficio de Regidor, que sirve de mucha utilidad, y dà á la Casa bastante estimacion; es una dignidad de no poco aprecio, y estos Oficios siempre se han estimado ùtiles (46): en nuestra España no se concedian sino à Personas del primer Orden (47); y las urgencias de la Corona dieron lugar, à que se enagenasen, y vendiesen, alterandose la costumbre antigua del Reyno: el precio de estas enagenaciones dà à conocer bastantemente, que dichos Oficios son de mucha estimacion, y de ellos resulta no pequeña utilidad; y no es razon que Don Francisco Valcarcel lo olvide, para apocar, y anonadar el Mayorazgo de Canarias: solo la Hacienda produce 1 ꝟ. ducados de renta á corta diferencia, agregando las demás fincas, llega el Mayo-

(46) D. Rox. disp. 3. quæst. 3. n. 33.

(47) D. Valenz. Velazq. conc. 166. n. 34.

raz-

razgo á mui cerca de 30ц. rs. sino pasa de ellos : el de Don Pedro Juarez de Castilla tiene solo dos alhajas apreciables, que son un Cortijo, y la Hacienda de Hinojos : esta ultima es de mui poco rendimiento, porque confiesa D. Francisco Valcarcel, que por la mayor parte se compone de Estacadas, que apenas dàn fruto para cuidar su conservacion, y aumento; en lo sucesivo se espera, que dicha Hacienda produzca mucho; el producto futuro es renta contingente, que en el dia no la hai, y á su tiempo puede faltar: para usar el arbitrio de la eleccion con respecto à la diversidad de renta de dos Mayorazgos, no basta qualquiera diferencia, y el Sr. Roxas quiere, que sea notable, como si un Mayorazgo produxese dos quentos, y el otro tres, ò quatro (48): si el Vinculo de Valcarcel es de tampoca estimacion, es lastima que D. Francisco lo defienda con tanto empeño, para conservarlo en su casa, y familia.

(48) D. Rox. disp. 3. quæst. 4. n. 13.

No hai que detenerse en disputas, que no conducen al Pleyto: lo que importa es, saber, que no siempre el primogenito es el privilegiado; en muchos casos en lugar de aprovechar, perjudica la qualidad de primogenitura, asi en la disposicion de la ley como en la de hombre: en el Mayorazgo de segunda genitura propia, el segundogenito es el privilegiado, y el primero excluìdo; y siempre la sucesion ha de ir de segundo en segundo (49): en los Mayorazgos incompatibles por la renta se llamaron los Primogenitos para que sucediesen; el Sr. Roxas de Almansa, hablando de esta disposicion, dice, que la ley dexò muchas cosas à la voluntad de los Fundadores, como sucede en el derecho de representacion (50): en otras alterò, y sujetò à sì la fundacion, lo que se verifica en el Mayorazgo incompatible, en el qual prefiriò, è hizo mas apreciable al segundogenito : *At vero cum in nostro casu, & quæstione hujus Majoratus regularis succesio per voluntatem fundatoris non gubernetur, sed per legis nostræ*

(49) D. Rox. disp. 1. quæst. 1. §. 10.

(50) L. 40. Taur. et. 5. tit. 7. lib. 5. Recop.

septimæ dispositionem, eaque sit, quod Majoratus iste à linea secundogenita posideatur; inde est, ut linea ista sit, & censeatur in hac succesione prædilecta, & linæ primogenitæ ante posita (51): en este Mayorazgo es preciso decir lo propio: el Fundador no llamò à los primogenitos de sus tres hijas, sino à los segundos; y aunque en estas lineas prefiriò à los mayores, hablò de aquellos, que no tuviesen otro Mayorazgo: para con ellos privilegiò à los segundosgenitos, y asi estos son los predilectos, y D. Francisco Valcarcel no tiene, que alegar derechos de primogenitura.

(51) D. Rox. disp. 3. quæst. 6. n. 39. §. Ex quibus.

MEDIO III.

QUE LE OBSTA A DON FRANCISCO LA Renuncia, que hizo à su Hija.

PAra acabar de convencer à D. Francisco, y acreditar la justicia de su hermano, se concede, que sin embargo de lo que và dicho, le corresponda la facultad de elegir: si se verifica, que ha hecho la eleccion del Mayorazgo de Valcarcel, no le queda derecho para pretender el de D. Pedro Juarez de Castilla: con efecto ha hecho dicha eleccion, porque esta fuerza tiene la renuncia, que executò en su hija, y la defensa de este Pleyto: la facultad de elegir se ha de verificar solo en una eleccion, y hecha, se acaba, y consume, y no queda arbitrio para reiterarla: la ley patria lo dispone asi en el legado de opcion: *decimos, que si escogiere una vez para sì alguna cosa de aquellas, que el testador le huviese mandado, no se puede arrepentir*(1): quando el Legado se hace aùn menor, y padeciò agravio, y perjuicio en la eleccion, no tiene facultad de reiterarla, y se le concede, que use del privilegio de la restitucion, para remediar el perjuicio, que causò su mala eleccion (2): serìa ocioso, que se señalase el uso

(1) L. 25. tit. 9. part. 6.

(2) L. 5. tit. 19. part. 6.

uso de un privilegio, para deshacer un acto, que estaba en la facultad del que lo hizo, quitarlo, haciendolo nuevamente: en los Mayorazgos tiene mas bien lugar esta doctrina: hecha la eleccion, el Vinculo dimitido pasa desde luego al siguiente en grado, y por ministerio de la ley adquiere la posesion civil, y natural, y el dominio: no puede ser dable que todo lo pierda, solo porque el primogenito mudò de proposito, y quiso variar, en lo que yà tenia hecho(3): puede sobrevenir justa causa, y motivo, que si se huviese tenido presente, produciria sin duda, que la eleccion fuese diversa: quando en dos Mayorazgos incompatibles se encuentren naturalezas distintas, porque uno sea regular, y otro de agnacion, si el primogenito eligiò el segundo, esperando tener hijos varones, y despues tuvo hembras, le perjudica la eleccion: por ella se privò su descendencia de ambos Mayorazgos: separò de sì el regular, porque lo renunciò, y el de agnacion, que eligiò por falta de agnados; la linea de primogenitura, à quien le quiere dàr tantos privilegios D. Francisco Valcarcel, queda entonces sin Vinculo alguno: sin embargo, el Sr. Roxas de Almanza defiende con empeño, que no se ha de alterar, ni variar la eleccion (4): si haviendo una causa tan racional, y que no podia tener presente el eligente, la eleccion no ha de faltar; no es dable, que pueda suceder lo contrario, solo por arbitrio, y voluntad del primogenito, que eligiò.

(3) D. Rox. disp. 3. quæst. 8.

(4) D. Rox. disp. 3. quæst. 6.

La eleccion es una facultad de tomar de dos cosas aquella, que parece mejor, y quiere: *Legatarius optavit, quam velit*, dixo la ley civil (5), y la disposicion patria, hablando de los Mayorazgos juntos por causa de matrimonio, explicò lo propio; suceda en uno qual quisiere escoger: quisieron muchos, que esta facultad se exercitaba por el primogenito, quando admitìa el primero de los Mayorazgos incompatibles, que vacaba, sin que esperase à

(5) L. 2. D. de option. legat.

que

que vacase el otro : de dos contrarios la aceptacion de el uno es expresa renuncia,y dimision del otro; el primogenito , que debiendo saber la incompatibidad, admitiò la sucesion de un Vinculo , es visto haver dexado , y no querido suceder en el que esperaba que vacase: esta opinion es del Sr. Castillo, y otros, que sita de no poca autoridad (6): no se oculta , que en la Real Chancillerìa de Granada no se ha juzgado asi en los casos ,que han ocurrido, como afirma el Sr. Larrea (7): grande es la autoridad de aquel Senado , mas la ley patria es de mas recomendacion : en ella se dispone , que juntandose por el matrimonio dos Mayorazgos de cierta renta,sean incompatibles , y que el primogenito , que podia suceder en ambos, suceda solamente en uno , el mejor, y mas principal, qual quisiere escoger (8): no es facil, que el marido, y la muger mueran tan aùn mismo tiempo , que falten en un instante , y la Ley no havia de hablar de casos raros , y de lo que es estraño se verifique ; mas bien se ha de juzgar, que diò reglas en los comunes, y ordinarios : en ellos no dixo, que el primogenito sucediese en el Mayorazgo , que vacase primero , despues en el segundo , y que entonces eligiese: se explicò en terminos , de que la eleccion fuese quando el hijo podia suceder, y esto no es decir, que la eleccion, se hiciese quando se estuviese en la actual sucesion : tampoco es entender la ley en el sentido llano de sus palabras , sin recurrir à interpretaciones, con las quales se destruye en muchas ocasiones su disposicion.

(6) D. Castill. lib. 5. cap. 179. n. 10.

(7) D. Larr. decis. 52.n.14.

(8) L. 7.tit. 7. lib. 5. recopil.

Para evitar disputas , està bien , que la disposicion patria se entienda en los tèrminos , que declaran las resoluciones de dicha Real Chancillerìa : aqui estamos en caso mui distinto : D. Francisco Valcarcel sucediò por muerte de su Padre en el Mayorazgo paterno ; lo poseyò, y gozò no poco tiempo; despues estando yà su madre mui proxima à la muerte, tanto,

to, que viviò solo dos dias, aceptò de nuevo la sucesion del Mayorazgo, renunciandolo en su hija: la renuncia del derecho mere delato es una tacita, y formal aceptacion: lo dixo la Ley Civil del marido, que renunciò á favor de la muger la donacion, que se le hacia: *Perinde enim habendum, atque si ego acceptam rem meam factam uxori meæ dedissem* (9): contemplò el Jurisconsulto, que la renuncia contenìa una tacita aceptacion de la cosa donada, en cuya virtud el marido la adquiria para darla á la muger: por la misma regla disponer el heredero de los bienes de la herencia incluye una tacita adiccion de ella (10): el Sr. Salgado dice, que en estos casos, *ocultatur unus actus scilicet acceptatio* (11): lo expuesto procede en los derechos no adquiridos: en aquellos en que se verificà la adquicision, con mucha mas razon se ha de decir, que la renuncia es ratificacion de la aceptacion hecha anteriormente: hablando Justiniano de los herederos, dixo, que se tenia por tal, el que *quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo* (12): con èste respecto añadiò, què aceptacion era arrendar, beneficiar, vender, y usar de las fincas hereditarias: el Sr. Larrea aplica estas disposiciones, y con ellas dice, que es conocerse por poseedor del Mayorazgo, y querer la sucesion, disponer iguales actos. (13)

A la verdad, por querer el Mayorazgo en su linea D. Francisco de Valcarcel, lo renuncia en su hija; sino determinàra conservarlo, la renuncia serìa absoluta, para que le pusiese cobro la persona á quien correspondìa: no solo lo quiere en su linea, sino que su voluntad es, que lo tenga varon: porque carecìa de èl quando hizo la renuncia, la dispuso á favor de Doña Nicolasa; pero con la qualidad, de que teniendo varon, havia de pasar á el dicho Vinculo: la voluntad se manifiesta hasta por medio del acto nulo: del tutor, que havia procedido con arreglo à un testamento irrito, dixo el Jurisconsulto Paulo: *Nihil contra orationem*

(9) L. Hæc Ratio. 3 in fin. D. de donat. intervirum, & uxor.

(10) L. Pantonius. §. ultim. D. de adquirend. hæredit.

(11) D. Salgad. 2. part. Labyrint. cap. 14. n. 35.

(12) §. Item. 6. Instit. de hæred. qualit. & diferent.

(13) D. Larr. decis. 12. n. 14.

Divorum Principum fecisse videri, si secundum voluntatem defuncti testamento scriptam prædium rusticum pupilare vendiderunt (14): es verdad, que el testamento se declarò irrito, tambien lo es, que por él se conocìa la voluntad del testador (15): precindamos ahora del valor que tenga, ò pueda tener la renuncia; ella es una confesion clara, de que Don Francisco de Valcarcel gozaba el Mayorazgo paterno, que lo queria para su casa, y que por lo mismo lo pasaba á su hija con la reserva expuesta.

(14) L. final. D. de Reb. cor. qui sub tutel.

(15) D. Castill. lib. 5. cap. 108. á n. 1. D. Salgad. 2. part. Labyrinth. cap. 14. n. 34.

La eleccion solo requiere una manifestacion de la voluntad: la promesa de vender no es venta, ni la de arrendar locacion, y asi en los demás contratos, y obligaciones: para que haya venta, y arrendamiento, se necesita, que despues del pacto se verifique la celebracion del contrato: en la eleccion, que es un acto, que depende de la voluntad, solo es preciso que se manifieste, para que se entienda hecha, sin esperar despues otra solemnidad (16): lo mismo sucede con la donacion, pues porque es acto que nace de la voluntad del Donante, la promesa del donar, es donacion, no para que produzca la traslacion del dominio, sino para que se pueda obligar al Donador, à que consume la donacion, entregando la cosa donada.

(16) Tondut. tom. 1. lib. 2. Resolut. 5. n. 7.

No ha parado el Pleyto en ello, y ha pasado mas adelante; muerta Doña Magdalena Luisa, ha continuado D. Francisco defendiendo la expresada renuncia: de ella ha dicho, que la hizo en uso de las facultades, que le dá la fundacion del Mayorazgo paterno; que no posee en virtud de ella el Mayorazgo renunciado, y lo demás, que vá expuesto: todo ello es una formal ratihabicion de la renuncia, y una clara expresa voluntad de suceder en dicho Mayorazgo: la aprobacion no se hace solo por actos expresos, sino tambien por tacitos: *Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu*, dixo el Jurisconsulto (17): pu-

(17) L. Non tantum. 5. D. Ratam. Rem haber.

so el exemplo del que continuaba el litigio, que principiò el Procurador, que no lo era: no puede darse signo mas claro de la voluntad de D. Francisco Valcarcel en orden á la conservacion del Vinculo paterno, que la defensa, que está haciendo en el Pleyto: yà se vee, que no es del caso la disputa, de si la sucesion del Mayorazgo incompatible es formal, y verdadera eleccion; aqui no proceden las determinaciones de la Real Chancilleria, que cita el Sr. Larrea: á D. Francisco Valcarcel no se le reconviene solo con la sucesion; se le opone la aprobacion, y ratificacion posterior contenida en la renuncia, que hizo, estando yá para vacar el Mayorazgo de D. Pedro Juarez de Castilla, y mirando yá proximo el derecho de suceder: se arguye con la posterior aprobacion, que manifiesta la voluntad de conservar dicho Vinculo: todo ello es una formal, y verdadera eleccion, que no admite reiteracion, y excluye, que pueda pretender el Mayorazgo, de que se trata.

Podrà decirse, que D. Francisco Valcarcel ha executado lo expuesto, no para renunciar el Mayorazgo materno, sino tambien para adquirirlo; no es dable, que lo que se hizo con este fin, se acuerde para lo contrario: D. Francisco ha tenido esta resolucion, porque el Fundador del Mayorazgo paterno le diò facultad para ello; usando de su derecho, no se ha de decir, que el fin es perjudicar á su hermano: es principio cierto, que *inducta ad unum finem non debent oppositum operari* (18): el uso de la facultad, que concediò el Fundador del Vinculo paterno, para conservarlo en su familia no ha de producir la exclusion de el que de nuevo sobreviene.

(18) Barbos. in loc. commun. actio. mat. 80. n. 9.

Parecia excusado tratar de la fundacion del Mayorazgo de Valcarcel, dispuesto por D. Francisco de Valcarcel à favor de D. Ventura su hijo, Bisabuelo de los Litigantes: ahora se habla de la sucesion, de el que fundò D. Pedro Juarez de Castilla, y no se han de

al-

alterar sus dispesiciones, por lo que quiso establecer un tercero: *Quia alteri per alterum non potest deterior conditio fieri* (19): el Mayorazgo de tercio, y quinto fundado por marido, y muger en un mismo instrumento, dixo el Sr. Roxas, que esta fundacion producìa dos Mayorazgos unidos, y que *uterque conservat suam propriam, & specialem naturam* (20): no es posible, que dos Mayorazgos distintos, dispuestos por diversos Fundadores, y que nunca se han de juntar, tengan virtud de perjudicarse uno à otro, alterando, y varìando sus reglas: tenga la fundacion de Valcarcel las reglas que quiera, y las facultades, que dispuso su Fundador; el de D. Pedro Juarez de Castilla se ha de gobernar por sus disposiciones; lo mas que podìa pretenderse era, que el Mayorazgo de Valcarcel careciese de toda incompatibilidad: no por ello havia de quitar, la que tiene el de Juarez de Castilla; antes bien el Mayorazgo incompatible altera en cierto modo el que no lo es.

(19) L. Non debet. D. de Regul. Jur.

(20) D. Rox. disp. 1. quæst. 11. n. 18.

Si la incompatibilidad es en la adquisicion para suceder en Mayorazgo incompatible, el que poseìa otro, que no tiene esta qualidad, es necesario, que lo dexe en tiempo habil, como và fundado: si estando en la posesion del incompatible se le deriva el derecho de suceder, en el que no lo es, se halla precisado à dimitirlo, y renunciarlo para conservar el primero (21): esto es alterar las lineas llamadas en el Mayorazgo compatible: es variar en cierto modo las reglas, y orden de suceder: es verdad, que lo expuesto sucede por voluntad del mismo poseedor, que quiso adquirir, ò retener el Vinculo incompatible: el Mayorazgo se funda en favor de todos, y cada uno de los llamados, y como no se puede conceder gracia, y beneficio, que quite la libertad (22); es consiguiente, que el llamado tenga la facultad de renunciar, y no querer la fundacion, que no le acomode: que esta novedad se haga por voluntad de los Poseedores; no quita, que sea alte-

(21) D. Rox. disp. 2. quæst. 12.

(22) L. fin. c. unde legitimi.

alteracion de la fundacion: asi se verifica, que el Mayorazgo incompatible puede producir variacion, en el que no lo es: alegar ahora la fundacion de Valcarcel, aùn quando careciera de incompatibilidad, es pretender que se haga novedad en la de D. Pedro Juarez, de cuya incompatibilidad no se ha dudado, ni se duda.

Toda la vez que D. Francisco Valcarcel quiere hacer memoria del Mayorazgo paterno, serà preciso hablar de esta fundacion para su convencimiento: dispuso el Fundador, *que si su hijo Don Nicalàs Ventura Valcarcel*, à cuyo favor fuè esta disposicion, *ò los demás Sucesores tuviesen, ò heredasen otro Mayorazgo, ò Vinculo, que forzosamente lo huviese de tener su hijo mayor, en caso que tuviese dos hijos varones, ò dos hembras, le daba facultad, para que pudiese nombrar, y nombre al hijo mas propinquo al sucesor en este Vinculo, è Mayorazgo, con tal condicion, que el otro Vinculo, è Mayorazgo sea de tanto valor, y estimacion como este, ò mejor, porque siendo asi, no quedarà damnificado el llamado à este Vinculo, y Mayorazgo, aunque vaya al segundo hermano sucesor* (23).

(23) Memor. n. 17.

No se puede negar, que esta disposicion produce una rigorosa incompatibilidad con todo otro Mayorazgo regular, en que està llamado el primogenito, y con el de segundogenitura impropia, en que tiene tambien igual llamamiento, aunque dentro de la linea del segundo, à cuyo beneficio miro la fundacion: entre los motivos que hai para estas fundaciones de Mayorazgos incompatibles, es uno, que en la familia haya personas de caudal, que puedan servir al estado; otro; que estando proveìdo el primogenito, quisiese el Fundador ayudar al segundo: de ambos fundò el Sr. Roxas de Almansa, que producen incompatibilidad real, y lineal (24): Don Francisco Valcarcel, viendo rico al primogenito con otro Mayorazgo de la misma renta, ò mayor, quiso favorecer al que le seguia, y contemplando proveìdo al hijo mayor con el Mayorazgo de màs renta, dispuso ayudar al segundogenito, è hizo un Mayorazgo incompatible, real, y lineal: si la dicha incompatibilidad en la fundacion de Don Pedro Juarez de Castilla impedia que en la linea de Don Francisco Valcarcel se radicàse otro Mayorazgo, mas bien lo ha de hacer del que tenga incompatibilidad lineal.

(24) D. Rox. disp. 1. quæst. 4. n. 23.

Quando concurren à producir dos causas iguales, es preciso, que se aumente su virtud, y dos Vinculos inducen union mas fuerte, y eficaz (25); si aqui hai dos incompatibilidades, reales, y lineales, no puede ser, que los dos Mayorazgos se junten en una persona, ò que ambos estèn en una misma linea: Don Francisco Valcarcel ha manifestado dos actos de voluntad; uno para conservar el Mayorazgo de Valcarcel; otro para adquirir el de Juarez de Castilla: el primero es legitimo, y con arreglo à las facultades, que dexò de su Fundador: el segundo se halla resistido por una, y otra fundacion: es consi-

(25) Barbos. axiom. 79. n. 1.

 guien-

guiente, que subsista aquel; y este dexe de tener efecto: qualquier acto, que no tiene valor, como està celebrado, se estima de aquel modo, y forma, que puede tener efecto (26): si en una misma cosa se discurre asi, como se ha de juzgar de otra forma en dos diversas: la eleccion primera, que hizo D. Francisco, no ha de perder la fuerza, porque despues se agregase otra, que no puede tener efecto: el caso està ya decidido por la ley: cierto Prelado Eclesiastico diò libertad à unos Siervos de la Iglesia, y les hizo gracia, y donacion de varios bienes: se llegò á dudar del valor de semejantes disposiciones, y se declarò, que debia subsistir la libertad, y quedarse sin fuerza la donacion: de estos dos actos de voluntad tuvo valor el primero de la manumision, como hecho legitimamente, y quedò nulo el segundo, para el que no havia potestad (27).

(26) Barbos. axiom. 12. n. 30.

(27) Cap. Si quos de Serviss. caus. 12. quæst. 2.

Don Francisco de Valcarcel gozaba el Mayorazgo paterno: su Fundador le diò facultad, para que adquiriendo otro, en que huviese de suceder su primogenito, pudiese nombrar, en el que gozaba, á su hijo segundo: en este estado vacò el de Don Pedro Juarez de Castilla: no podia suceder su primogenito, porque toda su linea estaba excluida, con respecto à estàr ocupada con el Mayorazgo paterno: no tenia mas, que una hija, y para adquirir la fundacion materna, la cediò, y traspasò el Vinculo, que poseìa: yà se ha hecho vér, que la cesion se hizo à favor de persona, cuya linea estaba inhabilitada, por el mismo hecho de haverse radicado en la cabeza, esto es, en su Padre el Vinculo, que tenia incompatibilidad real, y lineal con otro qualquiera Mayorazgo: precindiendo de ello la cesion fuè fraudulenta, y no pudo dexar capaz al dicho D. Francisco de adquirir el Mayorazgo de D. Pedro Juarez de Castilla.

Para conocer quando el acto se presume fraudulento, dàn los Autores varias reglas: siendo este asunto de mera presuncion, es preciso gobernarse por indicios, y congeturas: quando el cedente permanece en la posesion de los bienes cedidos, hai una presuncion grave del fraude, que diò causa à la cesion: lo mismo se discurre en el caso de ser hecha à favor de persona tan conjunta como la muger, ò el hijo (28): en este caso Don Francisco Valcarcel cediò el Mayorazgo paterno à su hija Doña Nicolasa, para continuar en èl, gozarlo, y percebir sus frutos, como lo està haciendo; y executò la cesion en beneficio de una cosa tan propia como su hija: para el fraude se necesita, que preceda causa, que lo persuada, y aqui la huvo: nacen estos actos de querer privar à otro del derecho, que tenia adquirido, ò podia adquirir (29): està claro, que D. Francisco de Valcarcel se moviò à dicha disposicion para privar à su hermano del Mayorazgo materno.

(28) D. Salgad. part. 2. Labyrinth. cap. 14. à n. 128.

(29) D. Salgad. loc. prox. citat.

No hai que cansarse en buscar argumentos, y razones para persuadir el intento; estàn demàs qualesquiera otras consideraciones, quando hai disposicion que declara la duda; asi su-

sucede en el presente litigio: à cierto Eclesiastico se le concediò la expectativa para la primera Prebenda que vacase en una Iglesia: estando yà cercano à la muerte un Prebendado, que gozaba un Beneficio mui pingue, y redituoso, otro que obtenia una Prebenda corta, la renunciò, para que vacando, se verificase en ella la expectativa concedida, y poder pretender el Beneficio grande, que se esperaba vacase: se consultò sobre ello à la Silla Apostolica, y el Summo Pontifice Bonifacio VIII. respondiò, que la renuncia era fraudulenta, y no le podia servir de reparo, al que tenia la expectativa: *Per renuntiationem hujusmodi, dummodo de præmissa fraude aparcat Saltem per aliquas probabiles conjecturas; ut quia dictæ renuntiationis tempore is, qui præbendam, vel dignitatem pinguiorem habebat, infirmitate gravi detinebatur, vel aliquid aliud imminebat, propter quod illius prœbenda, seu dignitas vacare in proximo probabiliter eredatur, nullum tibi volumus obstaculum interponi, quo minus præbenda, vel dignitate prædicta sic fraudulenter renuntiata omissa, possis dictam pinguiorem, cum eam, vel aliam, si prius ipsam vacare contingerit, autoritate præfata libere petere, veluti tibi debitam, & habere* (30).

Ha parecido preciso poner à la letra el texto, para que mejor se comprehenda, que se està en el caso de su resolucion: allì se trataba de dos Beneficios, uno de corta renta, y otro redituoso: aqui se habla de dos Mayorazgos, de los que se afirma, que uno es mayor que otro: se movia la duda entre el Beneficiado, que renunciò, y el que tenia la expectativa: ahora se litiga entre D. Francisco Valcarcel, que poseia el Mayorazgo paterno, y su hermano Don Juan Juarez de Castilla, que tenia mas que expectativa al materno por los llamamientos de la fundacion: la renuncia, que allì se hizo, fuè proxima à la vacante, que se iba à causar en aquel Beneficio grande por la muerte de el que lo gozaba; y aqui D. Francisco Valcarcel renunciò el Vinculo paterno, estando yà tan proxima, y tan à la vista la vacante del Mayorazgo de Juarez de Castilla, que Doña Magdalena Luisa de Herrera Madre comun, que lo gozaba, apenas viviò dos dias.

Hai una diferiencia grande en uno, y otro litigio: allì aquel Beneficiado renunciaba el Beneficio corto, para que se le diese à su contrario: aqui D. Francisco Valcarcel renunciò el Mayorazgo paterno, para gozar uno, y otro, y privar à su hermano de el que le correspondia: sin embargo de ello, la respuesta del Oraculo de la Iglesia fuè, que la renuncia hecha en fraude no podia servir de impedimento al que tenia la expectativa para la Prebenda pingue, que havia vacado: por esta regla la renuncia no privarà à D. Francisco Valcarcel del Mayorazgo renunciado; pero tampoco lo habilitarà, para adquirir el materno en perjuicio de su hermano, y manifestada su voluntad en orden à conservar el Vinculo paterno, le obstarà esta resolucion, para adquirir el otro de Juarez de Castilla: aquel

(30) Cap. ultim. de Renuntiat. in 6.

aquel Ecclesiastico diria, que en la renuncia havia usado de su libertad natural; que no hace agravio, ni injuria, el que usa de su propio derecho; que no le estaba prohibido solicitar beneficio de màs renta, y lo demàs, que propone ahora D. Francisco Valcarcel: no le valieron estos discursos, ni se espera, que le valgan al expresado Don Francisco: se le puede decir, lo que dixo Papiniano del Padre, que renunciò la herencia en su hija, por no cumplir las cargas, con que la gravò el testador: *Non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso propter comprehendium alienam institutionem maluit* (31): Don Francisco de Valcacel no quiso, que el Mayorazgo paterno saliese de su linea, y la renuncia fuè solo en el nombre: hai mayor razon para decir, que *non dolo caret*.

No es este el unico caso, que ha ocurrido, en el qual el primogenito à titulo de tal haya querido perjudicar à sus hermanos: quando se juntan por causa de matrimonio dos Mayorazgos, de los que tienen la renta, que señala la ley, si de aquel matrimonio no huvo mas que un hijo, y pasando la madre à segundas nupcias, tuvo decendientes, se ha ofrecido la misma dificultad: el primogenito ha hecho eleccion del Mayorazgo materno, para quitarlo al segundogenito de su madre, y gozar de los dos: creìa, que por este medio aseguraba la sucesion de èl, como adquirido por la eleccion, y el paterno, por no haver quien sucediese en èl: del mismo modo juntandose dos Vinculos incompatibles, uno regular, y otro de agnacion rigorosa, no haviendo mas que un hijo varon, ha querido èste elegir el regular, creyendo, que era medio de lograr uno, y otro: el primero como electo, y el segundo, por ser imposible que el Mayorazgo agnaticio pase à las hembras, haviendo agnados: en estos litigios se ha juzgado, que este modo de elegir es un verdadero fraude: el Sr. Roxas de Almansa, que resolviò estas dudas, distinguiendo varios casos, funda la obligacion de los Padres à dividir los bienes con igualdad entre sus hijos, y añade, que *hæc obligatio, quæ sic parentes obstringit, residet etiam in judicibus, qui tanquam ministri, & executores legum curare tenentur hanc æqualitatem inter filios, in quibuscumque judiciis eis obvenientibus observari* (32).

(31) L. Julianus. 26. D. Si quis omis. caus. testament. ab intest. vel alio mod.

No puede creer D. Juan Juan Juarez de Castilla, que conocido el fraude de su hermano, haya de tener efecto, y quedar gozando D. Francisco los dos Mayorazgos, que se litigan; es verdad que la cesion es fraudulenta, y como tal no ha de tener efecto: tambien lo es, que ella manifiesta la voluntad, y deseo de conservar el Mayorazgo paterno; esto es eleccion, y lo suficiente, para que se cumpla con la ley de la fundacion, quando huviese facultad de elegir en el Mayorazgo de Juarez de Castilla: la que diò el Fundador de el de Valcarcel, se puso como medio de conservar la incompatibilidad real, y lineal, que establecio; y Don Francisco de Valcarcel quiere usar de ella, para destruirla, que es una de las razones, que dà el Sr. Ro-

(32) D. Rox. disp. 3. quæst. 4. n. 7. & quæst. 10. n. 44.

Roxas para resolver las dudas, que se propusieron (33): *Item ne detur locus, ut hoc modo fraus legi nostræ fiat, & ambo Majoratus juncti permaneant contra ordinemem, & divisionem ab eo cautam.* Por conclusion, verificada yà la eleccion del Mayorazgo paterno, no queda arbitrio para pretender el materno, que se litiga.

(33) D. Rox. quæst. 4. n. 15.

MEDIO IV.

QUE AL MENOS SE DEBE DECLARAR A DON Juan el Mayorazgo paterno.

EN la primera instancia de este Pleyto solo pretendia Don Juan Juarez de Castilla haversele transferido la posesion civil, y natural del Mayorazgo de D. Pedro Juarez de Castilla: Con este respecto se sustanció el litigio: ahora en la segunda ha solicitado, que en el caso de no contemplarse justa su pretension, se le declare la traslacion del Mayorazgo de Don Francisco Valcarcel: esto no es conocer su falta de justicia para el Vinculo de su madre: no se arguye semejante confesion contra el reo, que aún mismo tiempo propone excepciones contrarias, y solo se dice, que usa de su derecho, porque la ley le dà semejante facultad (1): los Pleytos entre hermanos trahen mas perjuicios, que quando se litiga con extraños (2): para evitar este inconveniente, ha querido, que de una vez se acabe la disputa: cree, que seguramente le corresponde uno de los dos Mayorazgos, y por sino se le declara el de Juarez de Castilla, ha extendido su pretension subsidiaria al de Valcarcel.

(1) Cap. Nullus. de Reg. Jur. in 6.

(2) D. Molina de Primog. lib. 2. cap. 15. n. 74.

No tiene inconveniente, ni reparo, que la accesion se pueda extender, como lo hace D. Juan Juarez: se ha dificultado, en què tèrminos puede tener lugar la extension, y ampliacion de la demanda, despues de la litis contestacion, asi ante el Juez Ordinario, como en prosecucion de la apelacion: es un casi contrato la contestacion del juicio, y no parece que se debe hacer novedad, despues de celebrado, ni en primera instancia, ni en la segunda, que solo es continuacion, y prosecuçion, de la que determinò el Juez inferior (3): el Sr. Hontalva, que tratò la dificultad con prolixidad, dà las reglas, para que se gobierne la materia: ò la extension es de cosa indepediente, y que no tiene relacion, y respecto con la accion propuesta, y entonces no puede tener lugar la ampliacion, ò por el contrario la accion se amplìa à cosa connexa, y dependiente de la demanda contestada, y tiene lugar la extencion, sea en la primera instancia, ò en la segunda (4).

(3) D. Hontalv. de Jur. superveniente. tom. 1. quæst. 11, n. 28.

(4) Cit. D. Hontalv. quæst. 7. n. 50. & quæst. 11. n. 45.

Este punto se mira con mas estrechez en la Jurisdiccion Eclesiastica; en ella el Juez no tiene mas jurisdiccion, que la que se le devolviò por la apelacion; en este concepto hablò el citado Hontalva (5): en los Tribunales superiores de España no es asi, ni necesitan, de que por la apelacion se les devuelva la jurisdiccion, pues la tienen por sì, dimanada del Soberano, para

(5) Cit. D. Hontalv. n. 25.

ra juzgar las segundas instancias, y aùn las primeras en los casos de Corte: lo que hai que vèr es, que Don Juan Juarez de Castilla no extiende su pretension à cosa nueva: haviendo clamado sobre la posesion del Mayorazgo de Don Pedro Juarez de Castilla, porque la linea de su hermano estaba ocupada con el Mayorazgo de Valcarcel, Don Francisco ha presentado su fundacion, ha expuesto la renuncia, que hizo, para separarlo de sì, las facultades, que le dexò su Fundador, las rentas de uno, y otro Vinculo, sobre que ha hecho prueba, y en breves razones ha tocado todos los puntos, que pueden producir dificultad, ò duda en el Vinculo de Valcarcel: à vista de ello no se puede decir, que la pretension de D. Juan Juarez de Castilla es nueva, y enteramente separada de la instancia hecha sobre el Mayorazgo de Juarez de Castilla: ella consiste en decirse, que si Don Francisco Valcarcel tiene facultad de elegir, y hace eleccion del Vinculo materno, debe quedar el paterno para el segundogenito: esta ampliacion nace de la misma demanda, y de los mèritos, que para ella se han propuesto: como unida, no ha de estorbar para su determinacion en justicia, que el Pleyto se halle en segunda instancia: en España està prevenido, que en los Pleytos se ha de atender à la verdad, y no se ha de parar la consideracion en apices: aunque falten las solemnidades, y substancias del orden de los juicios, que los derechos mandan, ò alguna de ellas, conteniendose todavia en la demanda la cosa, que el demandador entendiò demandar, ò el acusador pedir, seyendo hallada, y probada la verdad del fecho por el proceso, en qualesquiera de las instancias, que se viere, sobre que se pueda dàr cierta sentencia, los Jueces, que conocieron de los Pleytos, y los huvieren de librar, los determinen, y juzguen segun la verdad (6): asi lo dispone la Ley patria, y en los Tribunales superiores manda, que no se diga de nulidad de sus providencias, y contra ellas no tenga lugar el remedio de la restitucion (7): estas constituciones, que declaran el asunto, impiden, que se ponga reparo de sutilezas, y formalidades en la ampliacion de la manda de Don Juan Juarez de Castilla, que nace de la instancia primera, que propuso, y en ella se contiene.

(6) L. 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

(7) L. 4. & 11. tit. 17, lib. 4. Recop.

Se podia decir, que en estos Mayorazgos no havia eleccion, y que tampoco la hai en los que son incompatibles por la ley: para que haya facultad de elegir se necesita, que haya libertad entre los estremos, en quienes se ha de verificar: *Cesat electio, dum libertas adimitur eligendi* (8): para esta potestad es necesario, que se concedan tèrminos en que exercitarla, y libertad para usàr de ella: en los Mayorazgos incompatibles, aunque se verifiquen objetos, à que puedan mirar, no hai el libre arbitrio, que pide la eleccion: la ley misma, que induciendo la incompatibilidad, concediò al primogenito la potestad de elegir, le ciñò la libertad, mandandole, que eligiese el mayor (9): si ha de cumplir con la ley, como es preciso, que lo haga, y no ha de perjudicar à los sucesores, quando los Mayorazgos son de-

(8) Cap. ubi periculum. 3. §. Cæterum quia de elect. in 6.

(9) L. 7. tit. 7. lib. 5.

desiguales en renta, ha de escoger el mayor, y esta necesidad quita la libertad de elegir, y està demàs una eleccion que yà viene hecha; solo podrà tener lugar este arbitrio, quando los Mayorazgos sean iguales en renta, y en las demàs circunstancias: entonces gozarà de libertad para tomar el que mas le acomode, y dexar el que no quiera: asi discurre el Sr. Roxas de Almansa (10): lo expuesto procede no solo en la incompatibilidad de la ley, sino tambien en la que lo es por voluntad de hombres, que se ha de gobernar por las reglas de la legal: Don Francisco Valcarcel confiesa, y ha tratado de probar, que el Mayorazgo de Juarez de Castilla es de mucha mas renta, y con respecto à ella se debe dàr por hecha la eleccion.

(10) D. Rox. disp. 3. quæst. 4. n. 9.

Como es un acto tacito, podrà no tenerse por suficiente; mas aqui hai eleccion formal, y expresa: yá se ha dicho, que el uso de esta facultad no es otra cosa, que la manifestacion de la voluntad en orden à uno de los tèrminos, en que se ha de exercer: Don Francisco Valcarcel ha defendido con empeño, que tiene en este caso como primogenito la facultad de elegir el Mayorazgo de màs renta, que lo es el de D. Pedro Juarez de Castilla; no està la dificultad solo en haver pretendido dicha potestad, pues se añade, haverlo solicitado para obtener, y conservar dicho Vinculo: à este mismo fin renunciò el Mayorazgo paterno: lo uno, y lo otro es una expresa manifestacion de su voluntad, y eleccion del Vinculo de Juarez de Castilla.

La dificultad podria consistir en dos puntos, que son, si hai incompatibilidad en los dos Mayorazgos, y quien ha de suceder en el renunciado, que es el de Valcarcel: de lo primero no hai que disputar: yà se ha hecho vèr la mutua incompatibidad de las dos fundaciones, y las ha confesado D. Francisco Valcarcel, por el mismo hecho de dimitir el uno para habilitarse à poseer el otro: de el segundo dubio hai poco que tratar: la ley dispone en las incompatibilidades legales, que el primogenito elija el Mayorazgo mayor, y el menor sea para su hermano segundo; en las que proceden de disposicion de hombre, es excusada la constitucion legal: hablando Ponponio del pacto puesto en el contrato pignoranaticio, en orden á que el deudor havia de satisfacer quando la prenda se vendiese, lo que faltase para completar el credito, dixo, que era convencion inutil, porque sin ella tenia el deudor obligacion à cumplirlo: *Super vacaneum est, quia ipso jure ita res se habet, etiam eo non adjecto* (11).

(11) L. Quæsitum 9. D. de distrah. pignor.

La Ley dispuso incompatibilidad en los Mayorazgos, que no la tenian; los que se fundaron incompatibles por disposicion de sus Fundadores, no fuè preciso que se sujetasen à aquella constitucion; la provision que hicieron los que fundaron, causò el efecto, de que cesase, y no hablase con ellos el establecimiento legal (12); no obstante, la Ley dà mucho fundamento para conocer la fuerza, que ha de tener la voluntad de los que establecieron estos Mayorazgos: el Sr. Roxas de Alman-

(12) Barbos. axiom. 195.

se dixo, que debiamos seguir la doctrina de la ley, y que si en la incompatibilidad, que induce, manda la division de los Mayorazgos entre el primogenito, y su hermano, se ha de entender lo propio de la disposicion de los Fundadores: *Unde si ita lex facit, cujus vestigia nos omnino sectari tenemur....à fortiori dicemus, quod in Majoratibus incompatibilibus ab homine divisio fieri debet inter fratrem primogenitum, & quod filii patris primogeniti nihil obtinere poterunt, dum eorum Pater fratrem, aut Sororum habere noscatur* (13).

(13) D.Rox. disp. 1. quæst. 4.n. 27.

Yà està visto, que hecha la renuncia del Mayorazgo de Valcarcel, si su incompatibilidad fuera legal, sucederia por la ley D. Juan Juarez de Castilla; siendo por disposicion de los Fundadores, debe verificarse lo propio: en estas fundaciones no queda duda: la de Juarez de Castilla expresamente manda, que la division se haga entre el primogenito, y su hermano: la de Valcarcel dispone tambien, que la separacion de los Vinculos sea entre los dos hermanos: es verdad que dixo, que fuesen hijos del poseedor, que los nombrase: es necesario entender, que hablò de uno, que fuese hijo unico, en el qual la necesidad dispensa la incompatibilidad: haviendo segundogenito, no podia suceder, que heredase Mayorazgo de nuevo, y conservase el que tenia para dividirlos en sus hijos, por ser la incompatibilidad real, y lineal, como yà và fundado: si el Fundador dixo, que teniendo el primogenito Mayorazgo, pasase el suyo al siguiente en grado, hai duda sobre quien se ha de entender, que sigue al primogenito, y si ha de suceder el segundogenito del hijo mayor, ò su hermano: de este punto tratò con extension bastante el Sr.Roxas (14): no es cosa de detenerse ahora en ello, y se puede tomar el partido que se quiera: si el primogenito no tiene mas que un hijo, no puede haver disputa, sobre que el siguiente en grado por necesidad ha de ser el hermano: quando vacò èste Mayorazgo, D.Francisco Valcarcel no tenia mas descendiente, que à Doña Nicolasa Valcarcel: no la podia nombrar, pues como hija unica havia de suceder en el Mayorazgo de Juarez de Castilla: es expreso en el de Valcarcel, que el nombramiento no se ha de hacer en el que tiene derecho à suceder en el Mayorazgo, que de nuevo sobreviene: esta disposicion acredita, que por la regla general de las incompatibilidades, y la especial de estos Mayorazgos, el sucesor legitimo del de Valcarcel es D. Juan Juarez de Castilla.

(14) D.Rox.disp. 2. quæst. 11.

Don Francisco hizo la renuncia à favor de su hija Doña Nicolasa, para conservar en su casa ambas Vinculaciones; esto no le ha de aprovechar, y perjudicar à su hermano: podemos decir lo que refiere Justiniano: *Nemo Judex, vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum* (15): Si se conoce, que D. Francisco Valcarcel no hizo bien, no por ello se ha de quitar el Mayorazgo al legitimo sucesor, à quien corresponde: *Non enim si quid non bene dirimatur, hoc & in aliorum ... vitium extendi oportet* (16): no està en arbitrio de los Su-

(15) L. Nemo 13.C. de Sentent. & interioc. omnium Judic.

(16) L. citat.

Sucesores quebrantar las Leyes de la fundacion, y disponer de ellas à su arbitrio: en los Mayorazgos electivos tiene el poseedor facultad de elegir, y se duda si en ellos tendria lugar la disposicion de la Ley, que seria quitar al que sucede la potestad de señalar Sucesor; sin embargo de ello, la opinion mas segura es, que se ha de guardar la incompatibilidad legal: *Si maritus eligat in successorem sui Majoratus filium primogenitum, non poterit mulier eundem filium ad ejus Majoratum nominare, nam si illum nominasset, esset frangere legem, & electio esset nulla, ut pote actus contra legem factus*, que dixo el Sr. Roxas.(17). (17) D. Rox. disp. 3. quæst. 1. n. 24.

Quando el Mayorazgo de Valcarcel fuese de eleccion, no se puede negar su incompatibilidad con otro Mayorazgo, ni la que con èl tiene el de Juarez de Castilla; para cumplirla, seria preciso hacer la eleccion, guardando las reglas de una, y otra incompatibilidad: lo demàs era quebrantar la disposicion del testador: en los Mayorazgos de eleccion para introducir la incompatibilidad legal fuè necesario, que la ley alterase, y variase las fundaciones (18): en las demàs no es preciso valerse de este remedio: el Vinculo es electivo, porque el que lo instituyò dexò facultad à los Sucesores para elegir al que mejor les pareciese para la sucesion: esta potestad no es, ni se ha de entender tan absoluta, que pueda elegir extraños, ni oponerse à lo que dispuso el Fundador: el citado Sr. Roxas hablando de ello dixo: *Credo verum, quod ubi testatoris voluntas respicit certum finem, quem consequi ordinate vult, tunc omne illud possumus facere, quod conducit ad hoc, ut finis testatoris melius impleatur*(19): Si D. Francisco Valcarcel, que dispuso el Mayorazgo de esta Casa, quiso la incompatibilidad de su Vinculo, y à este fin ordenò la facultad de elegir, no es dable, que se use de ella, para destruir la disposion. (18) D. Rox. loc. citat. n. 25. (19) D. Rox. disp. 1. quæst. 1. §. 7. n. 176.

La renuncia à favor de Doña Nicolasa Valcarcel procediò de causa necesaria, y extinguiò, y resolviò el derecho del cedente, y su posesion no trasladò derecho alguno à la Cesonaria: hai que considerar el derecho, que tenia D. Francisco Valcarcel al Mayorazgo de su Apellido, y el que tenia su hermano à el mismo Vinculo por las disposiciones de su Fundador; quando en el acto concurren derechos separables, la disposicion de uno tiene efecto, sin perjudicar à los demàs: en la finca comun, si se constituye servidumbre por unos dueños, quando los compañeros contradigan su uso, los que la dispusieron no pueden inpugnarla; *eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse*, dixo Paulo (20): el derecho de cada uno era separado, aunque la finca se gozase con indivision, y subsistiò la concesion para con los que la hicieron, aunque no tuviese efecto en los demàs: en las renuncias tiene tambien lugar la doctrina, y concurriendo derechos separables, dice el Sr. Salgado, que la renuncia tiene su valor para con el renunciante, aunque para con el tercero, à quien perjudica, no deba tener efecto (21): por la renuncia perdiò su Dere- (20) L. Per fundum. 11. D. de servitut. prædior. rusticor. (21) D. Salg. de Supplicat. cap. 11. part. 2. n. 50.

cho Don Francisco Valcarcel, y no lo ganò su hija Doña Nicolasa: la posesion del Mayorazgo vacante se transfiere por ministerio de la ley en la persona à quien corresponde (22): solo con ella es lo suficiente, para que el tal poseedor use de los interdictos posesorios (23): no falta quien diga, que esta posesion, que traspasa, es la misma, que tuvo en su tiempo el poseedor que faltò (24): no estuvo en mano de D. Francisco Valcarcel impedir la disposicion de la ley, ni que en su hermano D. Juan se radicase la posesion, que èl no podia conservar: quiso pasarla à su hija, y èste transito no estaba en su mano, para que tuviese efecto su voluntad.

(22) L. 45. Taur.

(23) Gom. in l. 45. Taur. n. 120.

(24) Citat. Gom. n. 114.

No se ha citado, ni oido à Doña Nicolasa Valcarcel, ni es necesario evaquar esta diligencia: la dicha Doña Nicolasa es hija de familia, menor de edad, y nunca podria parecer en juicio; serìa preciso que lo hiciese su padre, que es quien ha estado, y està defendiendo el Pleyto; y no le ha quedado que hacer en este caso: presentò la fundacion del Mayorazgo de Valcarcel, ha hecho prueba de su renta, ha clamado sobre que la renuncia no se hizo en fraude, sino usando de su derecho, y de la facultad, que le dexò su Fundador, y en fin nada ha omitido: quando hai varios interesados al contrato, y obligacion, dixo la ley, que si todos tienen una misma accion, se han de contemplar por una misma persona: *Si plures sint, qui eamdem actionem habent, unius loco habentur* (25): el derecho, que puede tener Doña Nicolasa, nace de la facultad que tuvo su Padre, para cederle el Mayorazgo: disputar la potestad para la renuncia, es lo mismo, que tratar del derecho, que pudo adquirir el renunciatario: no se necesita citar à èste, haviendose oido al primero, y lo que se juzgare, y determinare en este punto con dicho Don Francisco renunciante, le ha de perjudicar à su hija, que pretende tener derecho derivado de su Padre por medio de la cesion: quando la persona es una misma, y una propia la cosa que se litiga, lo que se juzga con uno, le ha de perjudicar al otro: esta identidad, dice el Sr. Salgado, que no es necesario sea real, y verdadera, y basta interpretativa (26): el principal, y fiador, el deudor, y el tercero poseedor de la hipoteca, son una misma persona en el concepto legal, y lo que se litiga con el principal, perjudica al fiador, y lo que se juzga, y determina con el deudor, aprovecha al tercero poseedor de la alhaja hipotecada: la identidad de la cosa litigiosa no nace, de que sea una, ò diversa; siendo diferente lo que se pida, como nazca de un mismo principio hai identidad: yà cõsta, que padre, è hijo, que està en la patria potestad, se reputan por una persona: el padre renunciante, y el hijo renunciatario tienen tambien la identidad de la renuncia, y el derecho, que se litiga, nace de una misma cosa, que es la potestad de renunciar: sobre ello se ha oido à D. Francisco Valcarcel, como renunciante, y no es necesario oirlo de nuevo por su hija la renunciataria; esto servirà solo, de que mas tiempo estuviese perci-

(25) L. Si plures 9. D. de Pact.

(26) D. Salgad. part. 3. Labyrinth. cap. 1. n. 180. & part. 1. de Supplicat. cap. 12. n. 80.

biendo

biendo los frutos del Mayorazgo, que no le corresponde, aun por lo mismo se quiere esta dilacion.

A D. Francisco Valcarcel se le diò traslado de la expresion de agravios, que hizo su hermano, en la que ampliaba su instancia subsidiariamente al Mayorazgo de Valcarcel, quando no se le declarase el de Juarez de Castilla: en vista de esta ampliacion, lo que hizo fuè renunciarlo, y no dixo, que contra la pretension subsidiaria tenia que oponer: ni aùn por enunciativas expuso excepciones, que pudiesen pedir otro juicio: el Sr. Roxas tratò de lo que se havia de hacer, quando el primogenito no queria hacer eleccion de uno de los Mayorazgos para tenerlos ambos: entonces se debe recurrir à la justicia, y no haviendo duda en la incompatibilidad, se señalaria termino de 20. ù 30. dias, para que eligiese (27): aqui hai certeza de la incompatibilidad, porque la ha confesado D. Francisco Valcarcel: està hecha la elecion, y solo ocurre la dificultad de haver renunciado el Mayorazgo à favor de su hija, de que se ha tratado largamente: èste fraude no puede detener mas la disposicion de la ley, y la constitucion de las fundaciones: asi espera D. Juan Juarez de Castilla, que quando no se le declare la posesion del Mayorazgo de D. Pedro Juarez de Castilla, se determine à su favor el de D. Francisco Valcarcel, con recudimiento de frutos desde el dia de la renuncia, *salva in omnibus tanti Senatus suprema autoritate, cujus correctioni dicta subjiciuntur.* Sevilla, y Abril 18. de 1785.

(27) D. Rox. disp. 3. quæst. 7. n. 20.

Dr. D. Nicolás Josef de Herrera.

Los Hechos, que se citan en esta Alegacion, estàn conformes con los que resultan de los Autos.

Lic. D. Fernando de Socueba y Fustero.

[illegible]

A D. [illegible]

de apartarse [illegible]

tanpia [illegible]

[illegible]

la pretension [illegible]

mas expli[illegible]

1. Rexas [illegible] de la [illegible]

genito no quería hac[illegible]

ra tenerlos [illegible]

haviendo [illegible] en la [illegible]

no, ù 30. [illegible]

compa[illegible]

está hech[illegible]

[illegible]

la ley, y [illegible]

[illegible]

desde el [illegible]

[illegible] de 175[illegible].

Los Hechos que [illegible]

Alegacion [illegible]

[illegible]

Autho[illegible]